

## 《判例研究》

**宅地開発事業を行おうとする者が市や水利権者に協力金等の名目で「負担金」を支払い、開発許可を得た後、開発行為に着手せず、工事廃止の認定がなされた後、「負担金」の返還を求めて拒否された事例**

三好 充

（東京高裁平成二一年九月二二日判決、判例時報一六九八号七七頁・判例タイムズ一〇三八号一九三頁）

### 一 事実の概要

控訴人（土木・建築工事の設計、施工並びに請負等を目的とする会社）は、平成二年頃、千葉県東金市内の土地（畑・田・山林合計二七七六・七五平方メートル（以下、「本件土地」という。））につき、宅地開発事業（以下、「本件開発事業」という。）を計画し、平成四年一月二九日、同県に開発行為許可の申請を行い、同年三月三日、その許可の通知を受けた。

ところで、都市計画法三〇条によると、開発行為の許可を申請する者は、同一項に掲げられる事項を記載した申請

書とともに、同法三二条に規定する「同意書」等を都道府県知事に提出しなければならない。同法三二条に言う「同意」とは、「開発行為に係る公共施設の管理者の同意」であり、本件開発行為に係る公共施設の管理者は東金市であるので、控訴人は、同市にその同意を求めた。同市は、その同意に際し、同市の「宅地開発指導要綱」（「本件指導要綱」という。）に基づき、「教育衛生寄付金」の名目のもとに一九九万五八〇〇円の支払いを命じ、控訴人は、平成四年四月九日、右金員を支払った。その上、同市の三浦名区と関内区が本件開発区域からの廃水の流出口である水路について慣行的な管理権限を有することから、両区が「公共施設の管理者」であるとの、同市の指導の下に、控訴人は、両区の同意を得るために、三浦名区に対しては、平成三年五月五日、「宅地開発協力金」として二二万八四〇〇〇円を支払い、また、関内区に対しても、平成三年九月二六日、「関内部落協力金」として一二〇万円を支払った。

控訴人は、平成七年一月二七日、本件開発事業につき、開発行為の工事に関する廃止の届け出をし、これに対して、同年一月二二日、工事廃止の認定がなされた。

そこで、控訴人は、東金市・三浦名区・関内区に対し、すでになした各金員の支払いはその根拠が存在しなくなつたとして、不当利得返還請求訴訟を提起したのである。

これに対し、原判決（横浜地裁平成一〇年三月二四日判決）は、原告（控訴人）の主張をことごとく否定し、その請求を棄却した。原告（控訴人）は、これを不服として、控訴するとともに、控訴審では、原審における不当利得返還請求（主位的請求）のほかに、予備的請求として、不法行為に基づく損害賠償請求を追加した。

控訴審では、争点として、次の三点が挙げられている。1. 本件協力金の交付は、私法上の贈与に当たるか（法律上の原因の有無）。2. 控訴人は、被控訴人らに対し、錯誤無効、解除条件の成就又は目的不到達を理由に、本件協

力金の返還を求めることができるか。3. 被控訴人らには、控訴人に対する説明義務違反が認められるか。ここでは、1と2を中心に検討する。

## 二 判決要旨

### 控訴棄却、予備的請求棄却（確定）

（争点1について）「1. 教育衛生寄付金      控訴人は、被控訴人市に対し、本件指導要綱に従い、教育衛生寄付金を支払った者であるが、本件指導要綱「に」は、…宅地開発業者が教育衛生寄付金を被控訴人市に支払わなかった場合に不利益が科せられる旨の制裁条項はないから、これによって被控訴人市が控訴人に対し、教育衛生寄付金の納付を強制できるわけではない。また、控訴人が被控訴人市に対し、教育衛生寄付金を支払った際に作成した覚書及び「寄付金採納願いについて」と題する書面には、「寄付」である旨が記載され、これらの書類を見た控訴人代表者は、寄付であるとされたことに異議を述べていないことが認められる。そして、本件全証拠を検討しても、被控訴人市が控訴人に対し、教育衛生寄付金の支払を強制・強要したことを認めるに足る証拠はない。

以上の認定によれば、教育衛生寄付金の支払に係る法律関係は、私法上の贈与契約と同視することができるというべきであるから、教育衛生寄付金は、控訴人から被控訴人市に贈与されたと認めるのが相当である。

2. 宅地開発協力金及び関内部落協力金      証拠によれば、慣行上の水利権者であることから廃水同意を求められた被控訴人区らは、開発計画が開発規制法令に反しないものであるか否か、宅地開発による工事や生活雑排水等の流入が農業用廃水路や土壌の汚染にどのような影響を与えるか等のあらゆる事情を総合的に考慮するのであり、同意に

際しても、宅地開発業者をして工事や廃水の放流につき一定の事項を誓約させることがあると認められる。そうすると、右の同意に際して、右各協力金の支払いの有無を考慮することがあったとしても、それはあくまで一つの事情として考慮するものでしかないというべきであるから、同意に際して右各協力金の支払いがあったということから直ちに、右各協力金を同意の対価と認定することはできない。このように、右各協力金は、同意の対価に当たらないと解するならば、宅地開発業者から被控訴人区らに対し、無償で支払われるものといわざるを得ないから、贈与契約に基づき支払われた金員に当たると認めるのが相当である。」

（争点2について）「目的不到達　被控訴人が本件協力金を支払ったのは、最終的に本件開発事業を行うためであったことは明らかであり、被控訴人らも、このような控訴人の意図を当然に知り得たものである。そうすると、当事者双方が本件開発事業の実行という目的の存在を認識した上で、本件協力金の支払いに係る贈与契約が締結され、本件協力金が支払われたと見ることができるから、本件開発事業が行われなかった場合には、被控訴人らが控訴人に対し、本件協力金を返還すべきであると解する余地がある。

しかし、…控訴人は、予定していた融資を銀行に断られたことなどから、本件開発事業の実施を断念して新たな本件土地の買主を探すこととし、結局、新たな買主が見つかったことから、平成七年一月二七日、本件土地の開発行為に関する工事の廃止の届出書を提出し、同年二月一二日、右工事の廃止の認定がされたこと、…他方、被控訴人市は、教育衛生寄付金から、本件開発予定区域を含む地域の学校建設やごみ・尿尿処理施設の建設費用等を支出し、被控訴人三浦名区は、宅地開発協力金から、共同墓地の通路、水道等の整備や神社、公民館関係費用等を支出し、被控訴人関内区は、関内部落協力金から、公民館設備費、河川関係費、排水路浚渫工事費等を支出していること、などの事実が認められる。

以上のように、本件土地につき本件開発事業が行われなかったのは、控訴人が銀行から融資を受けられず、新たな買主（宗教法人）に本件土地を売却し本件土地を墓地として開発することとしたためであり、本件協力金の支払いに係る贈与契約の目的（本件開発事業の実行）が達成されなかったのは、専ら控訴人側の事情によるものであり、被控訴人側に何の責任もないことは明らかであること、被控訴人らが本件開発事業が行われることを予想して諸施設等の整備を行い、本件協力金から諸費用を支出していること等の諸事情に照らすと、控訴人が、現段階において本件開発事業を行うという贈与契約の目的の不到達を理由に被控訴人らに対し本件協力金の返還を求めるのは、信義則に違反し許されないというべきである。」

### 三 検討

#### 一 はじめに

開発業者が一定地域における開発行為を行うには、都市計画法（以下、「都計法」と略す。）に基づき、「都道府県知事の許可」を受けなければならない（同法一九条）が、その許可申請に際し、あらかじめ、開発業者は、その地域における「公共施設の管理者」（通例、市町村である。）の「同意」を得なければならないし、また、その開発のために設置される公共施設の管理予定者と「協議」しなければならない（同法三二条）。これらの「同意」・「協議」に際しての指針として、都市圏の多くの市区町村では、「宅地開発指導要綱」等―以下、「指導要綱」と略す。―が制定さ

れており、これに従って開発行為に対する規制が行われている。

指導要綱で定められている諸条項の中でもっとも問題となるのが、「用地の提供」・「負担金」・「協力金」等に関する条項（以下、「負担条項」と略す。）である。各自治体では、前掲「同意」を与えるに際し、この負担条項に従って、開発業者に対し、公共用地の提供や一定額の負担金ないし協力金の支払いを求めている。しかも、その負担金ないし協力金は、「寄付金」の名目のもとに任意に納付されているという取り扱いがなされており、したがって、その負担金納付の約定は、「寄付」ないし「私法上の贈与契約」であると解釈されている（大坂地判昭和六一年九月二六日判例時報一二四〇号九二頁・大坂地判昭和六二年二月二五日判例時報一二三九号七七頁、判例タイムズ六三三三号一八三頁・大坂高判平成元年五月二三日判例時報一三四三号二六頁・東京高判平成元年一〇月三一日判例時報一三三三三九頁等）。本件判旨も「本件協力金は、いずれも私法上の贈与契約に基づいて控訴人から被控訴人らに支払われたものといえることができる。」としている。

負担金ないし協力金の納付がこのような取り扱いを受けるのは、その根拠をなす指導要綱が法規範としての性格を有しないからである。つまり、それが法令でも条例でもなく、住民の権利・義務に係る法的拘束力を持たないからである。<sup>(1)</sup>

しかし、その実態を見ると、開発業者が、指導要綱に規定されている負担条項に基づく負担金ないし協力金の支払い等を拒否すると、当該市区町村はその同意を与えないといわれる（長谷川溪二・「宅地開発指導要綱の実態」『住宅』二四八号三〇頁（日本住宅協会、一九七三年）参照）。当該市区町村がその同意を与えなければ、開発業者が都道府県知事に開発許可の申請を行ったとしても、それは受理されないのである（同法三十条二項）。このことは、開発業者が開発行為に際しての都道府県知事の許可を得ようとすれば、当該市区町村の同意を得なければならず、その

同意を得るためには、その指導要綱に従って負担金ないし協力金を支払う等の約定に同意せざるを得ないことを意味する、といえよう。

ところで、指導要綱に基づく負担金ないし協力金に関しては、これまでに幾件もの訴訟が提起されている。未払い分の債務不存在確認訴訟、既払い分の不当利得返還請求訴訟、国家賠償請求訴訟等、そうである。しかし、これまでの事例では、開発業者が指導要綱に基づく協力金の支払いを約定し、開発事業を完成した後、未払い分の債務不存在を主張したり、既払い分の返還を求めたりするものであった。<sup>(2)</sup>ところが、本件では、開発業者が、当該自治体にその指導要綱に基づく協力金を支払い、開発許可を得た後、開発事業に着手せず、事業廃止の認定を得たうえで、その協力金の返還を求めたものである。したがって、本件は、開発事業に着手せずに、すでに支払った協力金の返還を求める点で、これまでに裁判上で争われた事例とは全く異なるのである。

そこで、以下、本判決を検討する。まず、開発業者が開発事業の許可申請に際し、指導要綱に基づき、当該市区町村に対し寄付金ないし協力金を支払っているが、その約定が法令に違反しないか（二）、そして、その約定が果たして単なる寄付なし私法上の贈与契約であるといえるか（三）、ついで、開発業者が開発事業に着手せず、すでに支払った協力金の返還を求める場合に、開発行為の目的を達成していないことから、目的不到達による不当利得の返還請求が認められるか（四）、更に、地元水利権者が都計法三一条に基づき、開発業者に対し、その同意を与え、それと同時に協力金を受領しているが、地元水利権者がそのような協力金を受領することができるか（五）、が検討されなければならない。なお、予備的請求として、被控訴人市の職員の説明義務違反を理由とした、不法行為に基づく損害賠償請求もなされているが、それはここでは取り上げない。



## 二 宅地開発指導要綱に基づく負担金ないし協力金の支払いが法令に違反しないか

控訴人は「本件指導要項に基づき徴収された教育衛生寄付金」が、地方財政法（以下、「地財法」と略す。）四条の五（割当的寄付金等の禁止）や同法二七条の四（市町村が住民にその負担を転嫁してはならない経費）に違反するし、また、地方税法七〇三条の三（宅地開発税）を潜脱するものである、と主張したが、判旨は、これらのいずれをも退け、「教育衛生寄付金は、…あくまで開発業者から被控訴人に贈与として任意に交付されるもの」であり、その法律関係は「私法上の贈与契約と同視することができ」とした。そして、その理由として、本件指導要綱には、「教育衛生寄付金」を被控訴人に支払わなかった場合に課される「制裁条項」はないので、「これによって被控訴人市が控訴人に対し、教育衛生寄付金の納付を強制できるわけではない」とし、また、「被控訴人市が控訴人に対し、教育衛生寄付金の支払いを強制・強要したことを認めるに足る証拠もない」としたのである。

判旨が言うように、「教育衛生寄付金」（以下、「協力金」と略す。）の支払いが「私法上の贈与契約」に基づくものであるかについては後で検討するとして、ここでは、それが地財法四条の五及び二七条の四に違反しないか（①）、また、それが地方税法七〇三条の三を潜脱するものではないか（②）、が検討されるべきであろう。

（①）地財法四条の五と二七条の四は、住民に負担させてはならない「寄付金」や「経費」について規定する。前者は、「地方公共団体は…住民に対し、直接であると間接であるかを問わず、寄付金（これに相当する物品等を含む。）を割り当てて強制的に徴収（これに相当する行為を含む。）するようなことをしてはならない。」と定め、割り当ての寄付金の強制徴収を禁止している。寄付金に含まれる「これに相当する物品等の例として」土地・家屋等の不

動産が挙げられる（石原信男・「地方財政法逐条解説」〔四訂版〕四二頁（ぎょうせい、一九九八年）。ここでは、これらの寄付金等を「割り当てる」行為自体を禁止し、あわせて、「強制的に徴収（これに相当する行為を含む）すること」を禁止しているのである。したがって、「割り当てる」とは、当然に、強制の意味を含むので、割り当てをしても強制的に徴収さえしなければ良いと解してはならない、とされる（石原・前掲書四三頁）。

そして、同法二七条の四は「市町村は、法令の規定に基づき当該市町村の負担に属するものとされている経費で政令で定めるものについて、住民に対し、直接であると間接であるかを問わず、その負担を転嫁してはならない。」と規定し、市町村が本来負担すべき経費を住民に対して転嫁すること（税外負担）を禁止する。これは、同法四条の五で禁止されていない（任意的税外負担）について禁止しようとするものである（石原・前掲書二五五頁）。しかも、本法施行令一六条の三では、市町村が住民に負担を転嫁してはならない経費の例として、支町村立の小学校及び中学校の建物の維持及び修繕に要する経費が挙げられているが、その中には、建物の建設費も含まれると解されている（石原・前掲書二五六頁）。

東金市の指導要綱及びその運用の実態が上記の地財法の各条項に違反しないかであるが、確かに、判旨が言うように、その指導要綱には、協力金を支払わなかった場合に課される「制裁措置」に関する条項はない。しかし、寄付金の割り当てや経費の負担に相当する規定は、次のように、そこには設けられているのである。

その指導要綱を見ると、千戸以上の宅地開発を行う事業者は、「小学校、中学校等の用地を確保し、整備し、市へ無償提供するものとし」（一八条一項）、千戸未満の宅地開発事業者は「その計画戸数により応分の協力費を市に納入するものとする」（同二項）と規定されている。また、平成三年には、ミニ開発に対処するためあって、九九一㎡または計画戸数六戸以上の開発行為を行う場合も「協力金」を受け取ることとするとし、「開発に起因し周辺地域の

公共施設を使用する場合は行政指導の範囲でできる限り開発者の負担で整備させるものとする。」（「教育衛生施設整備協力金の算出について」と定められた。しかも、その施行細則では、これらの「協力金」に関し、更に、各種施設ごとの一戸当たりの協力金の表や、その算定基準及び納入期限等に関する規定が設けられており（五条）、その上、協力金支払いに関する「覚書」についての様式までも定められているのである。そして、このように協力金として事業者により納入される「納付金」は、「教育施設並びに衛生施設基金」に積み立てられ、「施設の新設、改修及び経済事情の変動により財源が著しく不足する場合に」処分される（東金市の「教育施設及び衛生施設基金の設置、管理並びに処分に関する条例」六条）のである。

地財法四条の五が寄付金等を「割り当てる」行為自体を禁止している、と解されるのであれば、上記の指導要綱に基づいて寄付金を割り当てる行為はこの条項に違反するといえよう。しかし、それが「強制的に徴収する」行為（「強制的に徴収」とは「権力関係または公権力を利用して弾圧的に寄付させるという意味であり、応じない場合に不利益をもたらすべきことを暗示する等社会的心理的に圧迫を加える場合を含む。」（石原・前掲書四三頁））を伴う場合にはじめて禁止されると解されるのであれば、同要綱に基づく寄付の割り当て行為がこのような強制の契機を伴って行われる場合でなければ、それがこの条項に違反することにはならないであろう（その点を確認するものとして、大坂高裁平成六年六月三日判決（判例時報一五一八号二九頁）がある。）。本判旨も同旨であり、本件指導要綱には協力金が支払われない場合に不利益が課される旨の「制裁条項」はないし、また、協力金支払いが強制・強要されたという事実も、見出せないとして、本件協力金の支払いが本条項に違反するとは言えないとしたのである。

しかし、寄付金は、本来、自主的・自発的に行われるべきである。指導要綱によって寄付金を具体的に割り当てる行為は、例え、そこに、その寄付を担保する規定がないとしても、強制性を帯びているといえよう。だからであろう、

控訴人が言うように、寄付の達成率が百パーセントになるのである。

指導要綱が協力金の割り当てを定めているにも拘らず、それに従わず、強力金を支払わなくて良いのであるならば、その支払いに応じない者が続出するであろう。利益追求を目的とする民間の開発業者が負担増となる協力金を自発的に支払う筈がないからである（田中啓一・「受益者負担論」一七九頁（東洋経済新報社、一九七九年）。しかも、その支払いが全くの任意であるならば、それに応ずる者と応じない者との間に不公平の問題が生じるであろう（同旨、碓井光明・「条例による開発負担金―アメリカ法の動向を手がかりとして―」成田頼明先生退官記念『国際化時代の行政と法』二九二頁（良書普及会、一九九三年）。その上、協力金を中核に据えた指導要綱が大半の業者によって遵守されないとすれば、まさしく、「要綱行政は機能不全に陥る」ことになる（宇賀克也・「要綱行政―負担金を中心として」ジュリスト八八〇号一一〇頁（一九八七年）、なお、原田尚彦・「要綱行政の法的性格と問題点」ジュリスト特集『日照権』一四六頁（一九七四年一月増刊号））

このように見てくると、本件指導要綱に基づく協力金の徴収は、例え、要綱上強制に関する規定がないとしても、また、その運用の面で強制的契機を伴っていないとしても、その運用の実態が選択の自由を制限している以上、地財法四条の五に違反しないとは言えないように思われる。

ところで、協力金は前掲当該基金に関する条例により、「基金」に積み立てられており、そこから教育施設等の「施設」の新設や改修、財源が不足する場合に、処分されている。そうだとすると、それは、市町村が本来負担すべき経費（小・中学校の建物の建設費、維持・修繕費等）を住民（開発業者に課される協力金は最終的には新住民が負担する。）に転嫁すること（税外負担）になるのではないだろうか。したがって、判旨の言うように、十分な分析もせずに、協力金が任意に交付されているから、同法二七条の四に違反しない、といえるかは疑問である。

(2) 次に、本件協力金の徴収が「宅地開発税」を定める地方税法七〇三条の三を潜脱するとするXの主張であるが、この宅地開発税は、「宅地開発に伴い必要となる道路・水路その他の公共施設」に要する費用に充てるために、宅地開発業者に対して課される税である。これは、当時、宅地開発指導要綱による開発負担金のあり方が問題となり、その「負担の合理化」を図るために、一九六九年の地方税法の改正により目的税として設けられたものである。

しかし、この税は、どの市町村においても採用されず、有名無実の税である。その理由は、税率が条例で定められなければならない、しかも、その税率がそれまで課されていた負担金に比して極端に低く押さえられているため、市町村にとって魅力が感じられなかったからであるといわれる（三木義一・「目的税と要綱による負担金」『法と政策』一七号四一―四三頁、田中啓一・「土地と普通税・目的税・負担金」日本土地法学会・『土地税・補償と賠償の法理』六九頁（有斐閣、一九八六年）。しかも、開発負担金を目的税として位置付けるとすれば、課税要件（納税義務者、課税物件、課税標準、税率等）をあらかじめ法律や条例で明確に定めておかねばならないが、開発負担に関しては「特定の者が惹起する行政需要の不特定性とその原因に応じた負担額の不特定性に照らすと、目的税的構成にはなじまない」（福家俊朗・「土地と金銭負担」日本土地法学会『土地税・補償と賠償の法理』四七頁（有斐閣、一九八六年））という点も、そのネックになっているように思われる。

いずれにせよ、「宅地開発税」に関する地方税法七〇三条の三の規定が設けられたにも拘らず、市町村は、これを条例化せず、指導要綱に基づく開発負担金を事実上強制的に徴収しており（指導要綱が事実上強制力を有していることが厳然たる事実であるとする指摘については、五十嵐敬喜・「建築・都市開発条例」『条例研究叢書 五』一三五頁（学陽書房、一九七九年））、したがって、それは、地方税に関する「条例主義」に反する（碓井光明・「地方税条例」『条例研究叢書 九』一八五頁（有斐閣、一九七九年））のであるから、地方税法七〇三条の三を再検討して、その内

容を改善すべきであろう（その改善策については、宇賀克也・「要綱行政―負担金を中心として―」ジュリスト八八〇号一一―三頁（一九八七年）参照）。

本件判旨は、地方税法七〇三条の三で定める「宅地開発税」がどの市町村においても採用されておらず、全くの有名無実の税であるという実態に触れることもなく、「教育衛生寄付金は…贈与契約に基づく支払い義務であるから、同条を潜脱するものには当たらない」としたに過ぎないのである。

### 三 争点1について

本件判旨によると、控訴人は東金市に対し、本件指導要綱に従い、開発負担金たる「教育衛生寄付金」を支払ったのであるが、本件指導要綱は「宅地開発業者に理解と協力を求め適正な宅地開発を進めようというものであり」、それに基づく「教育衛生寄付金」は任意に支払われるものであり、その約定は「私法上の贈与契約」に当たるとされたのである。

そこで、まず、宅地開発規制に関する指導要綱が、これまで理解されてきたように、単なる行政指導の基準であるに過ぎない、といえるかが問われるし(1)、次いで、指導要綱に基づく開発負担金ないし協力金納付の約定が、果たして私法上の贈与契約であるといえるか(2)、が検討されなければならない。

(1) (ア) 伝統的な行政法理論によると、「指導要綱」は、条例や規則のように、正規の法定手続きによって制定されたものではなく、単に、自治体の行政指導の基準を明文化したものであり、自治体内部における事務処理上の準則



であるに過ぎない、と解されている（真砂泰助・「要綱の法的性格」行政法の争点（新版）三八頁（一九九〇年）、原田尚彦・「地方自治体の指導行政」ジュリスト七二三号八七頁（一九八〇年）等）。しかも、指導要綱への高い期待があっても、それが法的規範意識に転化されているとは言えず、その法的不拘束性が広く承認されてる、といわれる（中西又三・判例評論二二一号一八頁（判例時報八一九号一三三頁）したがって、それに基づく行政指導は、なんらの法的拘束力を伴わない事実上の行為であるということになり、相手方たる住民側としては、それに対しては任意に対応すればよいし、それに拘束されることもない。

このように解されるとすれば、指導要綱及びそれに基づく行政指導は従来検討されてきた「行政指導」の範疇の中で、しかも、その一部として法的検討がなされれば良いことになるう。

本件で問題となっている宅地開発規制に関する指導要項は、しかし、次ような特色を持つ点で、従来の指導要綱とは異なっているように思われる。まず、それは、負担金ないし協力金等を課するための基準を含んでいる。次いで、そこでは、指導要綱に従わない場合の措置についての規定も設けられている。<sup>(3)</sup>その上、それらの条項の制定に際しての<sup>(4)</sup>手続を見ると、それらが「議会における承認または事実上の了承」を得て作成され、しかも、「広報掲載等により一般に周知」されているのである。したがって、その実質は、どちらかというところ、<sup>(5)</sup>条項に近いといえよう。

ところで、これらの指導要綱は、宅地開発を最も多く抱える大都市圏の多くの市区町村において採用されているのであるが、それは、もともと、宅地造成に伴って必要とされる公共・公益施設の整備にかかる費用が自治体の財政を<sup>(5)</sup>圧迫するため、その費用の一部を開発業者に負担させるべきであると言う考えから生まれたものである（塩野宏・西野勝・久世公堯「地方公共団体の土地対策に係る条例・要綱をめぐる諸問題」自治研究四九卷十三号五頁）。しかも、その実態を見ると、これらの要綱は、自治体の有するあらゆる権限の許す範囲での行政手段を用いて、ほぼ強制

的に運用されているのである（広瀬良一・「宅地開発指導要綱の意義と問題点」『建築雑誌』五七二頁（建築年報、一九七三年）、本茂・「負担金の住宅供給に及ぼす影響」『法と政策』一七号三一頁（一九八二年）、甲斐素直「租税法律主義と負担金等」『日本法学』第六一卷三号七二頁（日本大学法学会、一九九六年）。

これらの指導要綱が正規の法形式を与えられていないにも拘らず、このように、大都市圏の多くの自治体において採用されている大きな理由は、それが有する、制裁条項あるいは許可権限等の不行使を背景とした「事実上の強制力」にある（五十嵐敬喜・前掲一三五頁）といえよう。しかも、指導要綱が単に行政指導の基準を明文化したものに過ぎないとして、これまでのような行政指導の範疇の中で検討されれば良い、といえるかは疑問である。この点にあるといえよう。

このように見てくると、宅地開発に関する指導要綱は、それが単なる行政指導の基準を明文化したものであるに過ぎないとして、これまでのような行政指導の範疇の中で検討されれば良い、といえるかは疑問である。

（イ）宅地開発に関する指導要綱がこのように事実上の強制力を伴って運用されているという実態からすると、そこには、それを正当化する理由がなければならない。

まず考えられる理由として、自治体の抱える財政事情がある（真砂泰輔・「地方公共団体における行政指導―宅地開発指導要綱を中心として―」足立忠夫ほか編『現代政治と地方自治』二四七頁（有信堂、一九七五年）参照）。それは指導要綱が生み出された背景に遡ることにもなるが、当時、都市周辺地域では、高度経済成長の進展とともに宅地開発が進み、それが自治体の財政負担能力を超える行政需要の増大をもたらし、自治体の財政事情を逼迫させたのである。そして、その打開策が、宅地開発を行う事業者に、一種の義務として、原因者としての応分の負担を負わせることであった。そのことが指導要綱に明文化されると同時に、運用の面で、それほど抵抗もなく、開発業者によ



って受け入れられたのである。

次ぎに考えられる理由が、都市計画上の技術的要因である（長谷川・前掲論文三二頁参照）。つまり、国の法令上の開発基準が全国的なレベルでの最低基準（ナショナル・ミニマム）であることもあって、各自治体が地域独自の技術的基準を設け、国の基準を補完し明確化することによって、地域の居住環境の保全を図ろうとしたのである。そのほか、乱開発のもたらす自然破壊の抑止や、日照被害の予防等も、その理由として考えられる。

このように、指導要綱が事実上の強制力を伴って運用され、しかも、それを担保する意味での「正当性」が認められる以上、それが単に行政指導の基準を明分化したものであるに過ぎないということはできないであろう。その法的意味が再検討されるべきである。

(2) (ア) ところで、既存の法律によって付与されている権限が作用法的に見て十分に機能していない場合、行政庁としては、相手方の同意を得る手法によってその不十分さを補充することになる。その手法として、行政指導や行政契約などが採用されており、その例として、公害防止協定や、指導要綱に基づく行政指導・協定などが挙げられる（真砂泰輔・「環境保全と自治体の行政責任」杉村敏正先生還暦記念『現代行政と法の支配』三七七頁（有斐閣、一九八八年）、なお、芝池義一・「行政法における要綱及び協定」『基本法学4・契約』二二七頁（有斐閣、一九八三年）参照。）。

本件でも、指導要綱に基づく開発協定が問題となっているのであるが、判旨は、それが私法上の贈与契約であるに過ぎないとする。しかし、指導要綱に基づく自治体と開発業者との間の、開発負担に関する合意が一種の「契約」であるとしても、それが「私法契約」であると解すべきであるかは疑問である。まさに、それを否定する見解も見られる。それによると、「実務上は、多くの場合、私法契約として処理されているようであるが、公共・公益施設の整備

ないし管理など、公共的性質を有する諸機能が問題とされている限りにおいては、やはり単純な民事契約ではなく、一種の行政契約と解さざるをえないであろう」とされる（真砂泰輔・「地方公共団体における行政指導―宅地開発指導要綱を中心として―足立忠夫編・『現代政治と地方自治』二二三頁（有信堂、一九七五年）。

確かに、開発負担に関する合意ないし協定が全くの任意の合意であるとすれば、それが私法上の契約であると解することもできよう。しかし、開発負担を定める指導要綱は上記においてみたように、従来のそれとは異なるし、しかも、その実態を見ると、その合意ないし協定が都計法三二条における「公共施設の管理者」たる市区町村の「同意」とリンクして締結されているのである。つまり、市区町村が都計法三二条に基づく「同意」を与える場合に、その「同意」は、本来、公共施設管理法（道路法・河川法・下水道法・都市公園法等）に基づき、そこに定められた管理権限の範囲内で行われなければならないのであるが、しかし、その実態は、市区町村が、その「同意」を与える条件として、当該指導要綱に基づき、そこに規定されている基準―開発そのものの可否、開発条件、負担金等―に従って、その内容を含んだ合意ないし協定を宅地開発業者との間で締結しているのである。自治体側は、その合意ないし協定に至る過程は行政指導によるものであるというが、しかし、それが、そこに定められている制裁条項等を背景に「事実上の強制力」を伴って行われているのである。このように、その運用の実態からすると、それが単なる私法上の契約であるともみなすことについては疑問が感じられるのである。

(イ) 国や地方自治体は、その行政目的を実現する過程において、国民・住民等との合意に基づき、実に多くの行政事務を処理している。国・地方自治体と国民・住民等との「合意による行政措置」が事実上、複雑な行政事務を円滑に処理するための有力な手段となっているのである。指導要綱に基づく「合意」ないし「協定」は、その一種であるといえる。

ここで注意すべきことは、「合意」ないし「協定」が「契約」とは異なるという点である。つまり、中世以来のローマ法学者から伝えられたローマ法の解釈からすると、「すべての合意が契約ではなく、契約は合意という属から生じる種である。」ということになる（拙稿・「フランス法における公役務の特許の法的性格」（1）国士館法学二八号二三九頁（一九九六年）。言い換えると、ローマ法上、契約と合意は同義語ではなく、両者は、一定の目的に基づいた複数の意思の合致を示すが、しかし、契約は、「義務を生じさせる合意」の一種であるに過ぎないのである。行政契約理論の先駆的存在であるフランスに目を転じると、かつては、その点の認識が十分ではなかったように思われるが、今日では、この主旨が引き継がれているとされ、契約と合意ないし協定とは区別して認識されており、行政上の合意ないし協定が、「行政契約」として理解されているのである。つまり、そこでは、行政「契約」と称されているけれども、それは、純然たる契約ではなく、行政上の「合意」ないし「協定」であり、それが一定の要件を満たすことによって、「行政契約」として取り扱われているのである。その典型的例として、特許契約が挙げられる。それは、「契約」であるとしても、その実態を見ると、行政庁の定める「条件明細書」（「標準契約約款」とでも言うべきもの）に従って締結されており、その合意の中には、契約的条項のほかに一定の義務を課する命令的条項も含まれているのである。

わが国では、行政契約の理論化が進んでいるとは言えないが、講学上、行政の締結する契約の中で、私法上の契約のほかに、行政上の契約ないし行政契約というジャンルが一応は認識されている。しかし、そこでの「契約」は、私法上の契約のように、純粹な契約ではなく、ここでいう行政上の合意ないし協定を意味すると解すべきである。しかも、それが一定の義務を課する命令的条項を含む場合に、私法契約とは違った取り扱いを受けるべきであるし、それが「行政契約」であると解されよう。

本件で問題となっている宅地開発に関する指導要綱に基づいて締結される「契約」は、まさしく行政上の合意ないし協定であり、それが負担条項等を含む以上、「行政契約」であるといみなされるべきである。その指導要綱は、「標準契約約款」であると解すべきであり、当該自治体が宅地開発に関する合意あるいは協定を締結するに際して依拠するものである。しかも、それが公共の需要―財政事情、都市機能、環境保護等―を満足させるために制定されたものであるから、その中には、契約的条項の外に、一定の義務を課する条項―負担条項等―も含まれているのである。従って、これに基づき行われる合意あるいは協定は、私法上の契約であるとはいえず、それとは区別される行政上の契約であると解される。もっとも、この種の合意ないし協定の中に負担条項等が含まれているとしても、それが任意の同意を得ている以上、合意の一部として効力を持つと解すべきである。「合意は拘束する」(Pacta sunt servanda)という普遍の原理に照らしても、そのように解される。

しかも、行政庁が合意あるいは協定を締結するに際して依拠するものとして、客観的な基準が設けられていなければならない。通例、その基準は「標準契約約款」と称されるものであるが、地方自治体の場合、宅地開発に関して、それに相当するのが「指導要綱」であるといえよう。

このように、行政庁が指導要綱に基づいて締結する合意あるいは協定は、純然たる契約ではなく、一定の義務を生じさせる合意であり、しかも、私法上の契約とは区別される行政上の契約であるといえる。しかし、本件判旨では、それが私法上の贈与契約であると解されているに過ぎないのである。

もっとも、この種の合意ないし協定に関しては、法治主義との関係が問題となろう。つまり、この種の合意ないし協定が命令的ないし権力的規制を含むとすれば、それが法律ないし条例の根拠を必要とするのではないか、という疑問である。しかしその合意に相手方の主体的意思決定が認められ、しかも、それが合理的な目的を達するためになさ

れるのであれば、やはり、「合意は拘束する。」の原則が適用されると解すべきであろう（塩野宏・「国土開発」『未来社会と法』二〇七頁（筑摩書房、一九七八年）、原田尚彦（行政法要論「全訂第二版」一八九頁（学陽書房、一九九二年）参照）。

従って、本件において、控訴人が東金市に対して支払った開発負担金としての「教育衛生寄付金」は、私法上の贈与契約として支払われたものではなく、当該指導要綱に基づく約定（行政契約）に従って支払われたものであると解される。

#### 四 争点2について

控訴人は東金市に対して、錯誤無効、解除条件の成就または目的不達達を理由に、本件協力金の返還を求めている。控訴人は次のように主張する。「本件協力金の支払いに係る贈与契約には、開発行為（宅地造成）の実行という目的が付されていたところ、何ら造成工事をすることなく開発行為に関する工事廃止の届け出をしたのであるから、目的不達達を理由に本件協力金の返還を求めることができる。」これに対し、判旨は「本件協力金の支払いに係る贈与契約の目的（本件開発事業の実行）が達成されなかったのは、もっぱら控訴人側の事情によるものであり、被控訴人側に何の責任もないことは明らかである」とする。しかも、控訴人側の事情として、「控訴人が銀行から融資を受けられず、新たな買主（宗教法人）に本件土地を売却し」た点を挙げる。そして、「東金市らが本件開発事業が行われることを予想して諸施設などの整備を行い、本件協力金から諸費用を支出していること等の諸事情に照らすと」、控訴人が贈与契約の目的不達達を理由に協力金の返還を求めるのは「信義則」に反し許されないとしたのである。

本件では、協力金の納付が贈与契約に基づくものであるとしたうえで、目的不達達による不当利得の概念が想定されているが、それが、すでに述べたように、行政上の合意に基づくものであると解する場合であっても、その概念が適用されると理解すべきであろう（①）。しかも、本件の場合、目的不達達を理由に不当利得を主張することが、「信義則」に反し許されないか、が問われよう（②）。

(1) (ア) まず、目的不達達による不当利得の概念であるが、これは「目的についての合意があったけれども、その目的が達成せられなかった場合」（谷口知平・『不当利得の研究』四三頁（有斐閣、一九六九年）に、つまり、「出捐の当時に予期された目的が不達達に終わった場合」（我妻栄『債権各論下巻（民法講義V4）九九二頁（有斐閣、一九七六年）に、不当利得の問題が生じるのである。

この概念は、ドイツ民法八一二条一項後段に明定されている（「法律上の原因が後に消滅したとき、若しくは給付に関し法律行為の内容として目的とされていた結果が発生しなかったときには、この義務（不当利得返還義務）が発生する。」（加藤雅信・『不当利得法の構造』六九二頁注（二四）、（有斐閣、一九八六年））が、我が国では、実定法上、それに関する規定はなく、講学上のものである（加藤・前掲書六八四頁）。しかも、これまでに判例・学説上、この問題に関し集中的に論じられてきた事例は、婚姻の不成立若しくは解消を理由とした、結納・支度金の返還請求に関するものであった（土田哲也・「目的不達達、原因欠落」『新版注釈民法（一八）』三八四頁（有斐閣、一九九一年）。そして、議論の中心をなしたのは、結納の法的性質に関してであった。つまり、結納とは「他日婚姻ノ成立スベキコトヲ予想シ授受スル一種ノ贈与」である（大判大正六年二月二十八日・民録二九二頁）が、婚姻が成立しない場合に、結納（贈与）の効力をどのように理解するかが問題となり、その法的性質が学説上議論されたのである。それは、主として、「解除条件付贈与説」と「目的的贈与説」とに大別される。両説の差異は、結納金の返還を認めるための要



件を、前説は解除条件の成就とし、後説は目的の不到達とするのである。そして、その返還を認めない要件を、前説は民法一三〇条（条件成就妨害）に該当すること、後説は権利の濫用であること、に求めるのである（土田・前掲書三八六頁）。

ところで、婚姻が不成立に終わった場合、結納（贈与）の給付目的が不到達となるが、後説では、その場合に、どうして、結納（贈与）の効力が法律上の原因を欠いて消滅するのか、という説明がなされていない。先の大正六年の大審院判決でも、贈与契約の効力の問題に触れることなく、婚姻不成立の場合には、目的不到達による不当利得が成立するとされているに過ぎない。

不当利得というためには、財産の授受に「法律上の原因」を欠くことが必要であり、この要件を考慮すると、「当初の贈与契約の中にいざという時その効力を否定する意思を含む」と解さざるをえないように思われる（土田・前掲書三八六頁）。そうだとすると、前説が妥当であるといえよう。しかも、目的不到達を解除条件として構成する方法をとるとすると、その条件は通例一種の黙示条件である（たとえば、婚姻不成立の場合に結納金の返還を求めるという条件は、通例、明示的に意思表示されることはない。）というべきであろう（加藤・前掲書八八五頁）。

（イ）ところで、不当利得は、私法の領域に限らず、公法の領域においても見られる。しかし、行政上の法律関係においては、不当利得の返還義務を認める等、利害の調整を講ずる一般的な規定はない。それは、解釈論的に解決されている（田中二郎・『行政法総論』二五五頁（有斐閣、一九六八年）。本件のように、「行政行為に基づかないで不当利得が生じた場合」には、特別の定めがない限り、民事訴訟により、その返還を求めることができる、と解されている（田中・前掲書二二五―六頁、原龍之介「公法関係における私法規定の適用」『行政法講座第二巻』五五―六頁（有斐閣、一九六九年）。つまり、このような場合には、実体法的にも、手続法的にも、行政に特有の法的取り扱い

を認める必要がないからである（小高剛・『公法上の不当利得』『新版注釈民法（一八）』五二四頁（有斐閣、一九九一年）。従って、本件の場合が行政上の合意であると解しても、目的不到達による不当利得の概念が想定されるし、私法上の解釈に従って解決されるべきであろう。

判旨は、控訴人の主張に応じ、次のように述べているが、そこでは、目的不到達による不当利得の返還請求が想定されている。つまり、「控訴人が本件協力金を支払ったのは、最終的に本件開発事業を行うためであったことは明らかであり、被控訴人らも、このような控訴人の意図を当然に知りえたものである。そうすると、当事者双方が本件開発事業の実行という目的の存在を認識したうえで、本件協力金の支払いに係る贈与契約が締結され、本件協力金が支払われたと見ることができるから、本件開発事業が行われなかった場合には、被控訴人らが控訴人に対し、本件協力金を返還すべきであると解する余地がある。」

判旨は、このように、当事者双方が「本件開発事業の実行」という目的の存在を認識したうえで、本件協力金が支払われたということを認める。そして、本件開発事業が行われなかった場合、つまり、その目的が達成されなかった場合には、本件協力金が返還されるべきである、と解するのである。したがって、判旨は、目的不到達による不当利得の概念を想定しているといえることができる。

しかし、判旨がその概念の法的性格をどのように理解しているかは判然としない。本件の場合、前述の「結納」の例から類推すると、解除条件付贈与説が妥当するように思われる。つまり、協力金納付の約定は開発行為が実行されなければ、協力金の返還を求めるという条件付きの約定であると解される。開発業者が、当該自治体に協力金を納付するのは、当該地域を開発し、それによって収益を挙げることが目的としているからである。利益追求を目的とする開発業者が負担増となる協力金を無償で納付する筈がない（田中啓一『受益負担論』一七九頁（東洋経済新報社、一

九七九年)。従って、その約定は、このように、解除条件付約定の性格を有すると解される。

(2) もっとも、目的不到達による不当利得返還請求が想定されるとしても、その返還請求が認められない場合がある。すでに述べたように、「解除条件付贈与説」によれば、民法二三〇条に該当する場合であり、「目的的贈与説」によれば、権利の濫用とみなされる場合である。前者は条件成就の妨害を定めるものであり、「信義則」に違反する当事者の責任を問うものである。しかし、「信義則」違反は「権利の濫用」とみなされ得る(我妻栄・『新訂民法総則』(民法講義1)三四頁(岩波書店、一九六六年)から、両者は同旨であると解されよう。

判旨は、すでに見たように、開発事業が行われなかった場合には、当該協力金を返還すべきであるとし、基本的には、目的不到達による不当利得返還請求を認めている、と解されるのであるが、しかし、開発業者側に「信義則」に反するような事情がある場合には、その返還請求は認められないとするのである。つまり、目的不到達による不当利得返還請求も、それが「信義則」に反する場合には許されない、とするのである。

(ア) そこで、まず、検討されなければならないのは、本件協力金の納付の目的である開発事業が実行されなかった控訴人側の事情である。それが「信義則」に反するのであれば、控訴人が目的不到達を理由に不当利得の返還を請求することは許されない。

判旨は「本件協力金の支払いに係る贈与契約の目的(本件開発事業の実行)が達成されなかったのは、専ら控訴人側の事情による」とし、その事情として、「控訴人が銀行から融資を受けられず、新たな買主(宗教法人)に本件土地を売却し」た点を指摘するのである。

従って、ここでは、控訴人が銀行からの融資を受けられず、新たな買主に本件土地を売却したという事情が「信義則」に反するか否かが検討されるべきである。

控訴人が本件開発行為の許可の取消しを申請した当時(平成七年末)、バブル崩壊後の不動産不況とともに、住宅金融専門会社の倒産が続出し、それに伴っての銀行の不良債権問題が浮上するなど、金融システムの崩壊の危機さえ叫ばれるほどの経済状況の悪化が表面化した時代であった。しかも、不動産価格の下落はその加速を増し、銀行の「貸し渋り」が世論の批判を浴びていたが、銀行は自らの不良債権の処理に追われ、不動産関連事業への融資を極力差し控えていたのである。このような当時の状況を勘案すると、開発業者である控訴人が銀行から本件開発事業のための融資を受けられなかったとしても、そのことが開発業者の責任を問うほどの、信義則に反するとは言えるかは疑問である。

開発業者はその後本件土地を新たな買主である宗教法人に売却しているが、開発事業のために取得した土地が開発できないのであれば、それを他に売却したとしても、それは、営利の追及を目的とする企業である以上当然の措置である。

(イ) 次いで、判旨は、東金市が「教育衛生寄付金から、本件開発予定地域を含む地域の学校建設やごみ・屎尿処理施設の建設費用等を支出し」ているという事実が認められるとし、このように、東金市が「本件開発事業が行われることを予想して諸施設等の整備を行い、本件協力金から諸費用を支出していること等の諸事情に照らすと」、控訴人が「贈与契約」の目的不到達を理由に協力金の返還を求めることが「信義則」に反して許されないとするのである。

ところで、東金市の「教育施設及び衛生施設基金の設置、管理並びに処分に関する条例」によると、「宅地開発指導要綱に基づく納付金」(つまり、協力金)は「教育施設並びに衛生施設基金」に積み立てられ(二条)、基金の全部または一部は「施設の新設、改修及び経済事情の変動により財源が著しく不足する場合において」処分される(六条)。つまり、協力金は当該基金に組み入れられるのであるが、その基金には、本件協力金以外に、従来から納入さ

れている協力金も組み入れられているのである。従って、本件協力金が、基金として積み立てられた後は、『どこの何に使われたか』という特定、『協力金が基金のどの部分を占める』という区別は、基金の性格上、不可能である（東金市の説明）。そうだとすると、本件協力金は当該基金に組み入れられてはいるが、本件協力金そのものが、本件開発事業のために必要な諸施設の整備に投入されたと言えるかは疑問である。

もっとも、公共・公益施設の建設・整備等の費用は、本来、自治体自らが負担すべきものである（地方財政法四条の五や二七条の四等）。これらの点についての解説につき、石原・前掲書四一頁以下及び二五四頁以下参照。）が、すでに述べたように、都市周辺の市区町村における宅地開発の急増が自治体の財政を逼迫させ、その緩和策として、本件で問題となっている指導要綱等が策定され、開発業者に対し、その負担を強いているのである。つまり、本来自治体が負担すべき費用を開発業者が肩代わりするのであるが、しかし、このようにして自治体の財源の一部となる負担金は、あくまでも自治体の財政事情が悪化するような場合に消費されるものであると解される。従って、「施設の建設、改修及び経済事情の変動などにより財源が著しく不足する場合に」、「基金の全部または一部」が「処分」されるのである（上記条例六条）。しかし、判旨では、当時その財源が著しく不足していたという状況の説明が見られないのである。しかも、本件協力金は「本件開発予定地域を含む地域」の諸施設の建設費用等のために支出されている、とされているが、「本件開発予定地域」とは特定されていないのである。つまり、本件協力金が本件開発予定地域のどの施設に支出されたかについては明確にされていないのである。

このように見えてくると、控訴人が、協力金納付の約定の目的不達達を理由に、東金市に対し、本件協力金の返還を求めたとしても、それが信義則に反し許されないとは言えないであろう。いや、むしろ、本件の場合、判旨の結論とは逆に、目的不達達を理由に、不当利得の返還請求が認められるべきではないだろうか。

## 五 水利権者が都計法三二条の「同意」に際し、協力金を受領することができるか

(1) 控訴人は、三浦名区・関内区に対しても協力金を支払っており、東金市に対すると同様に、両区に対しても、不当利得を理由に、その返還を求めている。

つまり、控訴人は、三浦名区・関内区が本件開発行為に係る公共施設としての農業用排水路を慣行的に管理しているときみなされていることから、両区に対し、その同意を得るため、各協力金を支払ったのである。しかし、両区は、各協力金の支払は私法上の贈与契約に基づくものである、と主張する。

判旨は、右各協力金がいずれも、「贈与契約に基づき支払われた金員に当たる」と認め、東金市に対する場合と全く同じ理由で、「本件開発事業を行うという贈与契約の目的の不達達を理由に」各協力金の返還を求めるのは「信義則」に反し許されないとした。

ところで、本件判旨の確認するところによると、両区は、両区域内に所在する農業用排水路を事実上管理する「慣行上の水利権者」である。

農業用排水路は、いわゆる「法定外公共物」である（井上隆晴・「法定外公共物の管理について」木村保男編『現代実務法の課題』一三三頁（有信堂、一九七四年））。法定公共物は公共施設管理法（たとえば、道路法、河川法、自然公園法等）の適用を受けるが、法定外公共物については、それが適用されない。従って、それに関する固有の管理法が存在しないこともあって、その管理が十分になされているとは言えない（由良卓郎・「法定外公共物の管理と訴訟」判例自治五九一一（一九八四年）一二五頁）。



もっとも、実務上の解釈からすると、法定外公共物の管理は、国有財産としての財産管理と公物としての機能管理とに区分され、各々の管理については、前者は、国―実際には、国の委託を受けた都道府県知事―が行い、後者は、市町村が行う（建設省財産管理研究会編著「公共用財産管理の手引」〈第二次改訂版〉五二頁（ぎょうせい、一九九八年）、由良・前掲論文二一九頁）。しかし、このように、法定外公共物の管理を財産管理と機能管理とに区分する考え方については批判がないわけではない（井上・前掲論文一四八頁注（2）参照）。

いずれにせよ、法定外公共物は、地域住民の生活と密接な関係を持ち、地方自治体が管理するに適した施設である（原龍之介・『公物营造物法』〈新版〉一〇二頁（有斐閣、一九七四年））。従って、その管理は、地方自治法一条の二の主旨からいっても、地方自治体の―とりわけ、市町村の―本来的―ないし固有―事務とみなすべきであろう。しかも、実際上も、法定外公共物は、地方自治体、とりわけ市町村がその機能面での管理を行っているのである（井上・前掲論文一四五頁）。従って、本件の場合も、本件用排水路の機能管理は、東金市によって行われている、と見るべきであろう。

ところで、法定外公共物の管理については、「慣行的な権限に基づくものも含まれる」と解されており、「水利組合長、区長、農業組合長が当該公共施設について慣行的な管理の権限を有している場合」があるとされ、これらの者も、都計法三二条の規定に基づく同意を与えることが認められている（前掲「公共財産管理の手引き」二八八頁）。

両区は、本件用排水路を管理する「慣行上の水利権者」であるともみなされるところから、都計法三二条の規定に基づく同意を与えているのである。従って、控訴人は、三浦名区の排水・開発同意や、三浦名区の排水同意を得るために、両区に対しても協力金を支払ったのである。

このように、控訴人は両区の同意を得るために、各協力金を支払ったのであるが、本件判旨は、次のように述べて、

各協力金が同意の対価ではなく、私法上の贈与契約に基づくものである、とした。つまり、「排水同意を求められた被控訴人区らは、開発計画が開発規制法令に反しないものであるか否か、宅地開発による工事や生活雑排水等の流入が農業用排水路や土壌の汚染にどのような影響を与えるか等のあらゆる事情を総合的に考慮するのであり、同意に際しても宅地開発業者をして工事や排水の放流につき一定の事項を誓約させることがあると認められる。そうすると、右の同意に際して、右各協力金の支払いの有無を考慮することがあったとしても、それはあくまで一つの事情として考慮するものでしかないというべきであるから、同意に際して右各協力金の支払いがあったということから直ちに、右各協力金を同意の対価と認定することはできない。」「本件協力金は、いずれも私法上の贈与契約に基づいて控訴人から被控訴人らに支払われたものということができる。」

(2) 判旨は、このように述べているが、しかし、その内容に問題がない訳ではない。次の諸点が問われるべきであろう。まず、両区が水利権者として、上記の判旨のいうような管理を行うことが認められるとした場合、その管理における市と水利権者の関係をどのように捉えるべきであるか（ア）。次いで、両区は、その同意に際し、管理上の理由で協力金を受領しているが、その協力金の支払いの有無が、通常の管理に際しての「一つの事情として」考慮されるべきものである、といえるか（イ）。更に、その協力金の支払いが同意の対価ではなく、私法上の贈与契約に基づくものである、とみなすべきであろうか（ウ）。

(ア) すでに見たように、用排水路等法定外公共物は、市町村の本来的な―あるいは、固有の―事務であるが、市町村以外のものも、すでに述べたように、その管理主体となることができる。本件では両区が水利権者として、用排水路の管理を行うことが認められるとされる。そこで、東金市の管理と両区の管理との関係をどのように見るかが問題となる。

農業用排水路は法定外公共物である。それが公共物である以上、一般公衆の利用に供されるべきものである（田中二郎・『新版行政法中巻〈全訂第二版〉』三〇六頁（弘文堂、一九七六年）、従って、両区による本件水路の管理が認められるといっても、両区がそれを排他的独占的に利用できるものではなく、他の公共目的のためにも、その使用が認められなければならない。しかも、本件水路は、すでに述べたところからも理解されるように、東金市がこれを管理するものであり、両区にその管理が委ねられるとしても、両区がそれを利用する上で必要とされる範囲での管理である。言い換えると、本件水路に関して、東金市と両区が競合して管理権を持つのであるが、しかし、第一次的には、市がその管理権を持ち、両区は、それを利用するに際して必要な範囲での管理権を持つに過ぎないのである。従って、両区が本件水路を管理する場合、それに影響を及ぼすような行為をなす時は、その第一次的管理者たる東金市の了承を得る必要があるし、東金市の管理を無視したり、それに反する管理を行うことは許されないのである（井上・前掲論文一四八頁）

（イ）次に、両区は、その管理上の理由で、控訴人から各協力金を受領している。判旨は、それを肯認し、両区の同意に際し、「右各協力金の支払いの有無を考慮することがあったとしても、それはあくまで一つの事情として考慮するものでしかない」という。その同意は、都計法三二条所定の「同意」であるが、判旨は、その同意に際して考慮されるべき点として、まず、管理上の理由を検討しており（a）次いで、その協力金の使い道が列挙されているところからすると、その管理に際し必要とされる経費についても検討している（b）といえよう。そして、各々の場合に、各協力金の支払いの有無が「一つの事情」として考慮される、というのである。

（a）まず、両区は、その同意に際し、「慣行上の水利権者であることから」「開発計画が開発規制法令に反しないものであるか否か、宅地開発による工事や生活雑排水等の流入が農業用排水路や土壌の汚染にどのような影響を与

えるか等のあらゆる事情を総合的に考慮するのであり」、その場合に、各協力金の支払いの有無が「一つの事情」として考慮されるのである。

そこで、両区がそのような事情を考慮する権限を持つかが検討されなければならない。

まず、両区は「開発計画が開発規制法令に反しないものであるか否か」を考慮する、とされているが、両区がそのような権限を持つかが問われるべきであろう。

ところで、両区の同意の根拠となっている都計法であるが、それは、もともと、都市計画に関する法律であって、公共施設の管理のあり方を定める法律ではないということである。公共施設の管理に関しては、公共施設管理法（道路法・河川法・下水道法・都市公園法等）や各自治体の管理条例等があり、これらの法律・条例等が、それぞれの目的に応じて、管理のあり方、その限界等を規定している。従って、都計法三二条に言う公共施設管理者の「同意」というのは、公共施設管理法や管理条例等に基づいて、これらの条項で定められた管理権限の範囲内で行われるべきものである（阿部泰隆・『行政法の解釈』一九八―九頁（信山社、一九九〇年）参照）。

そうであるとすれば、両区が水利権者として当該排水路を管理していることから、その管理に関して、都計法三二条所定の「同意」をすることが許されるとすれば、それは、法定外公共施設の管理に関する法令や条例等に基づいて行われるべきである。しかし、法定外公共施設の管理に関しては、道路法や河川法のような特別法は存在しない。これに関する条例も、東金市においては制定されていない（前掲『公共用財産の手引き』三七四頁）。管理条例が制定されていないとしても、本件水路のような法定外公共施設の管理は、地方自治法二条二項の主旨からいって、原則として、当該市が行政上の責務として行うべきである。その場合、これらの公共施設の管理を適切に行うためには、河川法等の法定公共施設管理法の主旨にかんがみ、準用河川としての指定を受けるべきであろう（前掲『公共用財産

の手引き』六〇頁）。しかし、本件の場合、東金市と両区が競合的に本件水路を管理しているとみなされる。従って、両区が本件水路を管理する場合、それは、両区が当該水路を利用する上で必要な範囲での管理であって、その際の同意は、その範囲において行われるべきであり、判旨がいうように、「開発計画が開発規制法令に反しないものであるか否か」を基準に、その同意が行われるものではない。そのような基準についての判断は、都計法三三条一項に基づき、知事が開発許可を与えるに際して行うべきものである。

次いで、判旨によると、両区は「宅地開発による工事や生活雑排水等の流入が農業用排水路や土壌の汚染にどのような影響を与えるか等のあらゆる事情を考慮する」とされる。しかし、これらの技術的な点については、東金市指導要綱及び同施行細則に規定されており、東金市が自らの責任において考慮すべきであると思われる。

(b) 次に、判旨は、両区が当該水路の管理に際し必要な経費を負担している、とみなしているようである。なぜなら、判旨は、両区が受領した協力金の使い道を検討しているからである。従って、両区がその管理に要する経費を負担しているから、その協力金の支払いの有無が「一つの事情」として考慮される、というのであろう。

判旨が言うように、両区がその水路を管理する上での「一つの事情」として協力金を受領することができるとすれば、それは、両区がその水路を利用する範囲での管理に際して必要とされる経費として、である。ところが、判旨によると、三浦名区は、本件協力金を新規開設の郵便貯金口座に積み立てておき、以後、共同墓地の通路、水道等の整備や神社、公民館関係費用等に充てるために、逐年それを取り崩してきたし、関内区は、以前から、同種の協力金を受け入れており、本件協力金は、他の事業者からの協力金から区分されることなく、特別会計として処理されており、公民館設備費等、河川関係費、排水路浚渫工事費等のために支出されているのである。

このことから、次ぎの点が指摘されよう。つまり、すでに述べたように、両区は水利権者としてその水路を利用し

ており、その管理が委ねられるとしても、それは、その水路を利用する上で必要な範囲での管理であり、上記の支出内容が、その管理に際して必要とされる経費であるとは言えないということである。ただ、関内区の支出項目の一つに排水路浚渫工事費が挙げられており、これが唯一、両区が水路を利用する上での管理に必要な経費であるといえよう。しかし、本件開発事業は着手されなかったのであるから、本件開発事業との関連での排水路浚渫工事等行われる筈はない。

ところで、公物の管理に関する費用は、公物管理権の主体が負担するのが原則である。つまり、国の公物については国が、地方自治体の公物については地方自治体が、その管理に必要な費用を負担する(田中・前掲書三二五頁、原・前掲書二四二頁)。用排水路等法定外公共物の管理は、すでに述べたように、原則として、市町村によって行われると解されており、従って、その行政区域内の法定外公共物の維持補修は当該市町村が行政上の責務として行うのが原則である(前掲『公共用財産の手引き』六三頁)。そうであるとすれば、本件水路の管理に関する費用は、その管理主体である東金市が負担すべきであるし、実際にも、その通りであろう。もっとも、両区が慣行上の水利権者であり、本件水路を管理するとしても、それは二次的なものであり、しかも、両区がそれを利用する範囲での管理であるに過ぎないので、その管理に不可欠な費用を両区が東金市に肩代わりして支弁しているとは思えない。しかも、その費用負担を両区に負わせるのであれば、それに関する明文上の約定または黙示上ないし慣行上の取り決めがある筈であるが、それに関して、両区の言及は全く見られないのである。

このような状況が確認されるのであるが、判旨は、控訴人が本件開発事業を断念し、それを目的として支払った協力金の返還を求めることが「信義則」に反し、許されないとするのである。

(ウ) なお、判旨は、本件協力金が同意の対価としてではなく、私法上の贈与契約に基づいて、控訴人から両区に



支払われたものである、とする。

しかし、両区が都計法三二条に基づいて「同意」を与えることが認められているとすれば、控訴人が両区に対して支払った協力金は、その対価以外の何物でもないであろう。横浜市内に活動拠点を持つ控訴人が縁もゆかりもない千葉県内のある地域の水利権者に寄付をする筈がない。NPOであるならばいざ知らず、私企業である以上、その活動の動機づけは利潤の追求である。中小の不動産開発業者たる控訴人が宅地開発を行うために、両区の同意を得んとし、協力金を両区に支払った、と見るのが穏当であろう。

このように、本件協力金が両区の同意の対価として支払われたとすると、その約定はどのような法的性質を持つものであろうか。

両区が都計法三二条に基づく同意を与えることができるとしても、それは、すでに述べたように、水利権者として用排水路を利用する上で必要な範囲での管理の観点からの同意であり、それに伴って、その対価としての協力金を受領することまでも認められているわけではない。両区は、このように、その同意の対価としての協力金を受領する権限を与えられていないにも拘らず、これまでの慣例から、本件協力金を受領したものであると思われる。両区が本件協力金の受領を「私法上の贈与契約に基づくものである」と主張したのもそのためであろう。そして、本件判旨はそれを支持したのである。

よしんば、判旨が言うように、その約定が私法上の贈与契約であるとしても、それは、単なる寄付ではなく、解除条件付き贈与契約であるときみなすべきであろう。つまり控訴人が言うように、「所期の開発行為が行われなければ契約は失効する」との解除条件が付された約定であると解するべきであろう。従って、すでに述べたところであるが、経済状況が急変したことから、開発行為が実行されなかった以上、その解除条件は成就したのであり、本件協力金は

返還されるべきである。

(1) ところで、ドイツでは、「地区施設負担金制度」があり、地区施設については、開発業者が契約により地区施設を整備しており、そのうえ、地区施設に該当しない「公共・公益施設」の負担を求める場合には、「開発費用負担契約」が締結される。これは「公法上の契約」であるとされる(三木義一・「土地と負担金」『土地税・補償と賠償の法理』三七―八頁(有斐閣、一九八六年))

(2) これらの訴訟のうち、その返還が認められた例は僅かである。大坂地裁(堺支部)昭和六十二年二月二五日判決(判例時報一二三九号七七頁。これに関する判例評釈として、宇賀克也・ジュリスト八八二号八四頁、藤原淳一郎・判例評論三四八号四六頁(判例時報一二五六号一九二頁)、最高裁平成五年二月一八日判決(民集四十七卷二号五七四頁、判例時報一五〇六号一〇六頁。これに関する判例評釈として、碓井光明・地方自治判例百選(第二版)一二頁、大橋洋一・平成五年度重要判例解説四五頁、亘理格・ジュリスト一〇二五号三八頁、木ノ下一郎・法律のひろば一九九三年八月号五五頁、千葉勇夫・法学教室一五四号一一六頁等)などが、それである。これらの判決では、負担金納付に関し、指導要綱のみならず、その運用の面で、強制となる契機が認められる場合に、負担金の受領が違法とみなされている。つまり、前者では、建築確認の留保を背景として開発協力金の納付を強要しているし、後者は、「水道の給水契約の拒否等の制裁措置を背景として」、指導要綱に基づく負担金の納付を事実上強制しようとしたものである。つまり、これらの事例からすると、指導要綱とその運用の面で、「留保措置」や『制裁措置』を背景に、相手方の任意性を否定し、協力金の納付を強要・強制する場合に、それが違法であるときみなされるのである(なお、行政指導のための留保措置や制裁措置がどのような場合に違法となるのかについては、鈴木康夫・「行政指導と国家賠償責任」『国家補償法体系(2)』一五九頁(日本評論社一九九八年)参照)。

(3) 指導要綱に従わない場合の措置について規定する市区町村数は、六七―市区町村ある(要綱制定市区町村数一、四〇五に對する割合は四七・八%)。その内訳をみると、事業実施に際し必要な協力を行わないとした市区町村数三五九(二五・六%)、都計法三二条の同意・協議を行わないとした市区町村数二三七(一六・九%)、上下水道の供給を行わないとした市区町村数一六〇(一一・四%)等である。「宅地開発指導要綱に関する調査[3]」(以下、「調査3」と略す。)日本住宅総合センタ―(一九九六年四月)一二頁。

(4) 宅地開発指導要綱に関する次のような見解が注目される。「地方公共団体における宅地開発指導要綱は、もはや単なる事実行為でも裁量基準でもなく、地方自治法等から導き出される一種の地方的自主法として一定の既判力を持つものと認識されても良いように思われる。」(三辺夏雄・「地方公共団体における開発指導要綱―その法的位置づけをめぐって―成田頼明先生退官記念『国際化時代の行政と法』二五三―四頁(良書普及会、一九九三年)」)

(5) 全国の市区町村のうち、一四〇五市区町村において宅地開発指導要綱が制定されている(四三・一%)が、三大都市圏では、六〇九市区町村のうち、四九三市区町村(八一%)がそれを制定している。前掲「調査3」一九頁。

(6) 都計法はもともと、都市計画に関する法律であって、公共施設の管理の有り方を定める法律ではない。公共施設の管理に関しては、公共施設管理法が有り、これらの法律が、それぞれの目的に応じて、管理のあり方、その限界等を規定しているのである。阿部康隆・『行政法の解釈』二九八頁(信山社、一九九〇年)参照。

(7) これまで、わが国においても、行政上の契約について論じられなかった訳ではない。しかし、それに関する理論は生成されるに至っていない。これまでの通説的見解によると、行政上の契約は、公法と私法の区別を前提に、「公法上の契約」ないし「公法契約」として把握され、その特色として、「公法的効果の発生を目的とし、公益と密接な関係を有する」点が指摘されているに過ぎない(田中二郎・「新版行政法上巻(全訂第二版) 一二三頁(一九七四年、弘文堂)」。しかも、ここでは、公法的効果についての具体的な説明はなされておらず、ただ、私法との具体的な違いについて、民法の「解除」に関する規定がそのまま適用されないことと、これに関する争いについては、行訴法四条の適用を受ける点が指摘されているに過ぎないのである。

なお、これに関する裁判例としては、宅地開発指導要綱に基づいて締結された開発業者と町との協定が「公法上の契約」に当たらないとされた事例がある(東京高裁平成元年一〇月三十一日判決、判例時報一三三三号九一頁)が、これは、上記の通説的見解を踏襲しているに過ぎないのである。